

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“法典化研究”专辑

第八辑

清华大学出版社

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“法典化研究”专辑

第八辑

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书为“法典化研究”专辑,以多元的视角着眼于不同国家不同时期法典化的经验,或梳理法典化的理念、学说与历史,或阐明法典化的方法与主要的特征,追寻法典化背后的文化根源,古今观照,东西镜鉴,皆奏追本溯源之功。作者既有国外著名的比较法、法律史学者,亦有海峡两岸汉语学界的中坚与新锐。新增“旧文新识”栏目选登江庸先生一篇长文,具有相当的史料价值。此外,本书刊载的一组评论、译文与书评,内容广博,形式灵活,兼容思想性与可读性,想必读者多有共鸣。

本书适合法学研究者和法科学子阅读,对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第八辑·“法典化研究”专辑/许章润主编. --北京:清华大学出版社,2006.1
ISBN 7-302-12131-1

I. 清… II. 许… III. 法学—文集 IV. D 90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 136273 号

出 版 者:清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机:010-62770175

地 址:北京清华大学学研大厦

邮 编:100084

客户服务:010-62776969

组稿编辑:方 洁

文稿编辑:宋丹青

印 装 者:清华大学印刷厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:170×255 印张:18.75 插页:2 字数:336千字

版 次:2006年1月第1版 2006年1月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-12131-1/D·194

印 数:1~3000

定 价:32.00元

清华法学

第八辑

目 录

“法典化研究”专辑

专题研究：法典化

- 1 [以]达芙妮·巴拉克—克芮茨著 马剑银译/比较视野中的法典化与法律文化
- 12 [法]让·路易·伯格著 郭琛译/法典编纂的主要方法和特征
- 31 [德]赫尔穆特·柯因著 于莉译/德国的“潘德克吞法学”：从与其先前之“普通法”的关系看
- 38 [英]约翰·P.道森著 杜蘅译/法国习惯的法典化
- 66 [秘鲁]玛丽亚·路易莎·穆里约著 许中缘、周林刚译
孙雅婷校/大陆法系法典编纂的演变：迈向解法典化与法典的重构

论 文

- 83 黄源盛/近代刑事诉讼的生成与展开——大理院关于刑事诉讼程序判决笺释(1912—1914)

评 论

- 134 陈卫佐/法国民法典的影响——与德国民法典的比较
- 147 张明新/对我国立法中心的法制现代化发展战略的反思
- 155 朱伟一/说是说否都难——解析类别投票的移植及相关法律
- 169 王 军/论国有企业所有权的内部约束机制
- 179 李晓云/“不动产”概念研究

译文

- 196 [美] R. H. 赫姆霍尔兹著 王渊译/ 大陆法和普通法——旅伴还是陌路？
- 214 [美] 罗伯特·L. 伯明翰著 康震译/ 合同违反，损害计算与经济效率
- 232 [德] 罗尔夫·施蒂尔纳著 王洪亮译/ 附随性与抽象性之间的不动产担保物权及其在欧洲的未来

旧文新识

- 244 江 庸/ 五十年来中国之法制

书评

- 265 林 端/ 涂尔干：《社会分工论》
- 280 仲伟珩/ 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史》



[以]达芙妮·巴拉克—艾芮茨 著 马剑银 译

一、法典化与法律改革

在现代法律制度中,法律改革常常经由立法来引领推行。当立法改革内容广泛并且声称要涵括某一整个法律领域时,该现象就被习惯性地定义为“法典化”,而其“产品”就是“法典”(code)。新法典往往伴随着一些期望:一旦从“旧”法的枷锁中解放出来,崭新的开始就会成为可能。新法典应该会思路清晰、合乎理性,并且会体现系统化。在本文中,笔者将质疑这些对于新法典之预期的现实性,并质问法典化是否真的具有改造法律制度并将法律制度从旧传统中“解放”出来的潜力。

本文将详细论述以色列民法(主要是契约法)在[20世纪]60年代以及70年代初的转型过程,以此作为法典化的“试验案例”(test-case)。^①这次在以色列历史上习惯称为民法法典化的制定法改革已然过去整整一代,它所带来的变革,其程度与意义已经能够得到估量与评价。然而,笔者的行文目标并不仅仅在于如此这般去理解以色列的法律发展史,而且还想从总体上来评价法典化和法律文化在法律改革中扮演的角色。^②比较法研究强调法律文化的重要性,也强调一般文化背景的重要性。但是,在比较文化背景迥异的法律制度——西方

* 本文原刊于美国图兰大学《图兰欧洲法与民法论坛》(*Tul. Euro. Civ. LF*)第13卷(1998年),125~137页。达芙妮·巴拉克—艾芮茨(Daphne Barak-Erez),以色列特拉维夫大学法学院教授,主要研究领域为:宪法与行政法、政府商业行为、以色列法律史和法律女权主义。马剑银,清华大学法学院法学理论硕士,主修比较法学与法律社会学。

① 在这个转型过程中,以色列议会(Knesset)制定了不少规定契约法基本原则的法规:1973年《契约法(总纲)》(*Contracts Law (General Part)*, 1973)和1970年《契约法(契约违反之救济)》(*Contracts Law (Remedies for Breach of Contract)*, 1970),也制定了适用各种契约的特别法,包括1965年《代理法》(*Agency Law*, 1965),1967年《受托人法》(*Bailees Law*, 1967),1967年《担保法》(*Guarantee Law*, 1967),1968年《赠与法》(*Gift Law*, 1968),1968年《买卖法》(*Sale Law*, 1968)等,它们一起构成了契约领域新的制定法体系。

② 在这个意义上,我不仅在规则比较的传统意义上赞同比较法的作用,而且也认为它是理解法律与文化之间联系的洞察力之源。关于探讨比较法此一新进路的概述,参见 Annelise Riles, "Wigmoer's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information," 40 *Harv. Int'l L. J.* 221 (1999).

法律制度与非西方法律制度(亚洲、伊斯兰和非洲的法律制度)——的时候,许多讨论的焦点却集中在[一般]文化差异与法律变革的相关性上。^① 在本文中,即使是在所谓西方法律世界的框架内对法律改革进行分析时,笔者也试图强调其背后法律文化的重要性。(据称以色列法典化意味着一种转向,即其启示之源从占主流的英语国家的影响转向了大陆的、罗马—日耳曼世界的影响。)

二、法典化的遗产

要对当前的法典化进行讨论,就需要对法典化发展的历史有一定程度的熟悉。最初,法典化是欧洲法律史的一部分,它承袭了罗马法传统并遵循着优士丁尼法典(公元6世纪)这一典范。罗马法是欧洲法律研究的典范,甚至罗马帝国衰落之后依然如此,这样,欧洲法律继承了一种以条理化、系统化的文本为基础的法律思想传统。^② 然而,欧洲近代法典化运动不仅是古代传统的产物,也是18世纪所开启的历史和政治发展的结果。在文化层面上,法典化运动是强调理性和科学思想的启蒙运动的产物,其目的是创建合乎理性的、条理化和系统化的法律文本。在政治层面上,法国大革命在近代法典化的兴起中扮演了重要的角色。大革命的意识形态要求法律改革应以创建一种平等主义的规范秩序为目标,这种秩序将消除法律主体之间基于社会地位、财产等方面的差别。人们认为,为了实现这些目标,就需要一部简明而系统化的新法典。这种渴望在1804年通过《法国民法典》的制定而得到满足;这部民法典也以“拿破仑法典”闻名。由于文义清晰,并通过拿破仑的战争获得有效的“推销”,这部法典被证明是成功的。甚至在法国人从占领地撤走之后,这部《民法典》也没有必然因此而被废弃,因为它被认为是实用的,同时也被认为带来了法国大革命的平等主义讯息。欧洲法典化的另一支脉发展于德意志,它的发展以当时盛行于该地的对罗马法的科学研究为基础。这一支传统的成果就是1900年生效的《德国民法典》(B. G. B.)。这也提出了有别于法兰西式的另一个法典化模式——更加详尽细致的,更加有科学导向的模式。在若干国家,法典化运动的进一步催化剂是民族国家的崛起,民族国家的崛起肇始于19世纪之前,但在整个19世纪风

^① See M. Van Hoeke & M. Warrington, "Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law," 47 I. C. L. Q. 495 (1998).

^② See J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, pp. 7~14 (1969); R. David & J. E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, pp. 36~52 (3d ed. 1985).

起云涌,蔚为大观。法典化被认为是构成民族的、统一的法律制度的重要维度。^①

根据这个背景,无论是古代还是近代的法典化都可以毫无疑问地被归结为一种欧陆的现象。然而后来,法典化的讨论不再局限于欧陆诸国的法律制度。由于很偶然的原因,开始出现主动将法典化的成果整合到发端于英格兰普通法传统的法律制度中去的努力。众所周知,英国法植根于一种迥然有异于欧陆法的研究方法和裁决方法之上。英国普通法的传统以先例制度为基础,先例不断发展,且不必然创制一套自我圆融的、系统性的文本体系。因此,法律问题都是通过研究相关先例并将之运用于手头的新案例而作出回答的。换句话说,对于普通法传统而言,法典化的传统已然成为一个竞争对手,或者至少是一个替代者。所以,许多年间,法典化在英国法领域毫无立足之地,虽然它拥有一些杰出的支持者,比如边沁,他批判基于庞杂的先例体系的判决方法毫无效率、缺乏清晰度而且成本太高。^②然而,事实证明传统远比传统的批评者更有影响力。总而言之,英国法律家对将英国法进行法典化的建议表示怀疑,甚至敌视。他们中的大多数人对放弃传统而进行这样一种有可能失败的改革表示抵制和忧虑,并且他们还对那种法典化具有简化判决制作过程的潜力的说法表示怀疑。这场辩论因为1965年《法律委员会法》(*The Law Commissions Act*)的制定而重燃战火,该法案的主要目标就是进行法律改革,包括通过法典化进行的改革。起初几年,该法律委员会则开始致力于制定英国契约法典,但是这项计划最后搁浅,法律委员会则开始对一些法律规则进行具体的改革。^③

根据这样一个假设,即较为年轻的法律制度对外部的影响更加“开放”,法典化在美国的前景表面上似乎要好一些。然而,和预期正好相反的是,传统已然深深地植根于美国法律文化之中。将美国法进行法典化的建议一直受到强烈地抵制,并且不管怎样努力,它们都未能给美国法带来任何显著的变革。有一些州也制定“法典”,但是这些“法典”基本上都仅仅是现存法律原则的整理,

① See J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, pp. 262~265, 311~313, 320~325 (1992); Merryman, *The Civil Law Tradition*, pp. 27~34; David & Brieley, *Major Legal Systems in the World Today*, pp. 63~67; R. L. Warthen, "The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code," 6 (1/2) *Leg. Ref. Serv. Q.* 129, pp. 134~136 (1986). 关于欧陆法典更详细的讨论,参见 K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3d ed. 1998), 尤其是关于《法国民法典》(85~118页)和《德国民法典》(143~156页)的论述。

② D. Alfange, "Jeremy Bentham and the Codification of Law," 55 *Cornell L. Rev.* 58 (1969).

③ 关于英国法典化问题的辩论,参见 M. Kerr, "Law Reform in Changing Times," 96 *L. Q. R.* 515 (1980); Warthen, "The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code," op. cit., pp. 136~146; H. R. Hahlo, "Here Lies the Common Law: Rest in Peace," 30 *M. L. R.* 241 (1967); L. C. B. Gower, "A Comment," 30 *M. L. R.* 259 (1967); A. L. Diamond, "Codification of the Law of Contract," 31 *M. L. R.* 361 (1968); H. R. Hahlo, "Codifying the Common Law: Protracted Gestation," 38 *M. L. R.* 23 (1975).

而不是欧陆法意义上的法典编纂。^① 只有极少数的州法典才不仅仅是现存法律规则的汇编,但是它们并没有带来重要的变革。相反,它们被解释之后融入于美国普通法之中,从这个意义上说,它们向传统低了头。^② 至少在 19 世纪,美国法中的法典化一直是一种边缘现象。20 世纪法典化问题重新被提及,因为对于有效率的裁判而言,先例的数量已经构成了实践上更为严重的障碍。虽然“纯粹的”法典化形式并不是必需的,但这个问题仍然需要解决,其中一项方案就是法律重述计划(Restatement project),也就是将美国普通法的基本原则进行系统化的整理、分类和汇编。法律重述并不像“真正的”法典编纂式的立法,它们并没有法律拘束力,缺乏正式的规范地位,但是它们的质量以及基于便利的考虑,使得法律重述成为普通法发展的一个最重要的渊源。^③ 这个世纪(20 世纪)美国的另一项计划——《统一商法典》(U. C. C.)——倒是可以称得上是原初意义上的法典编纂,但是这也同样伴随着一些保留。《统一商法典》放弃了普通法的方法,试图创建一个完全规范性的体系(另外它还有试图使各州法实现统一的优点)。^④ 然而,即便是《统一商法典》也没有带来美国法律文化的重大变化。其正式规范的地位依赖于各个州的通过,并不具有必然性。事实上,绝大多数州的确通过立法而采用了《统一商法典》,但是也正因为这个原因,它只有相当于州法的法律效力,每一个司法管辖区都对这个统一标准的文本发展出不同的解释。^⑤ 另外,像以前的美国法典一样,《统一商法典》也根据普通法的传统进行

① 关于美国各州法典编纂的边缘地位,参见 Warthen, “The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code,” op. cit., pp. 146~150. 受法国影响深远的路易斯安那州是一个例外。See R. Batiza, “Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and Its Implications for Louisiana Law,” 56 *Tul. L. Rev.* 477 (1982); V. V. Palmer, “The Death of a Code-The Birth of a Digest,” 63 *Tul. L. Rev.* 221 (1988).

② 其中一个有趣的例子是达德利·费尔德(Dudley Field)为纽约州准备的模范法典。这个法典虽然在其他一些州被采用了,在纽约却面临着强大的反对力量,根本无法实施。关于费尔德法典的历史,参见 Warthen, “The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code,” op. cit., pp. 150~153; R. Batiza, “Sources of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code,” 60 *Tul. L. Rev.* 799 (1986). 在其他州,费尔德法典在加利福尼亚州实施,并被认为是当时的加州法律发展史上是一个非常重要的贡献。See L. Grossman, “Codification and the California Mentality,” 45 *Hastings L. J.* 617 (1994). 加州法院后来采用了法典仅仅是普通法先例的汇编的观点,这部法典最后终于被美国普通法传统给吞没了。See I. England, “Li v. Yellow Cab Co. — A Belated and Inglorious Centennial of the California Civil Code,” 65 *Cal. L. Rev.* 4 (1977).

③ See Warthen, “The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code,” op. cit., pp. 154~155. 虽然法律重述并不是原初意义上的法典,但是许多作者用法典化这个术语和它们联系起来,很可能因为法律重述这种系统化的结构,通常是法典化的一个特征。See J. B. Kelly, “The Codification of Contract Law in the Twentieth Century,” 88 *Dick. L. Rev.* 289 (1984).

④ S. Herman, “Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code,” 56 *Tul. L. Rev.* 1125 (1982).

⑤ Warthen, “The Non-Emergence of the Anglo-American Law Code,” op. cit., pp. 153~154.

解释,因此它在一定程度上丧失了惟一性。^①

三、法典化的条件

上述法典化的“简史”提示了一些结论,这些结论可能与任何有关未来法典化前景的讨论有关。更具体地说,其中一个结论就是,通过法典化实现法律改革是否能够成功,无论从“内部”条件,还是从“外部”条件来看,都是偶然的。内部条件是法律文本的法律特征,主要是指文本应当系统化,覆盖面广。但是仅有这些特征并不足够,它们同时需要外部条件的支持,主要是该法律制度的历史及其所蕴含的文化背景的支持。^② 欧洲近代法典化的成功是因为罗马法的遗产,同时也应归功于某种特定的政治发展。相反,当法律共同体不支持法典化时,即使当一部新法律通过法典编纂的形式制定出来,法典化也并不曾成为社会变革的核心力量。在这种情境下,至关重要的支持力量来自司法,即使假定法官们是在一个更为广泛的法律共同体中受到训练的,司法的开放度也是本土法律文化另一个显著特征。

四、以色列契约法的所谓法典化

如前文所述,以色列契约法制定于[20世纪]60年代和70年代初。以色列的民法改革,主要是契约法改革,长久以来一直被认为是至关重要的事情。直到那时为止,这个领域的法律规则一直是奥斯曼(土耳其)立法与英国在巴勒斯坦委任统治时期整合进来的普通法规则的一种错综复杂且问题众多的混和。^③ 所以,改革的必要性并未成为有争议的问题。不过,当以色列新契约法颁布的时候,这些法律不仅被认为引发了一场盼望已久的契约法改革,而且也被认为建立了一种在以色列法律中进行法典化的方法。以色列最卓越的法学家之一、现任最高法院首席法官阿哈龙·巴拉克(Aharon Barak),将新契约法体系看作是“新以色列法典”的一部分。^④ 出于现实性考虑,民法典的起草想要毕其功于

^① W. D. Hawkland, "The Uniform Commercial Code and the Civil Codes," 56 *La. L. Rev.* 231 (1995).

^② 关于支持法典化的历史和文化背景的更广泛的讨论,参见 M. Damaska, "On Circumstances Favoring Codification," 52 *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* 373 (1983); A. E. Anton, "Obstacle to Codification," (1982) *Jurid. Rev.* 15.

^③ See D. Friedman, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period," 10 *Isr. L. Rev.* 192 (1975); D. Friedman, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel," 10 *Isr. L. Rev.* 324 (1975).

^④ A. Braka, "Towards Codification of the Civil Law," 1 *Tel-Aviv U. Stud. L.* 9 (1975).

一役,并非易事,所以,只能逐章制定。但是对于从普通法传统向法典化传统转型的渴望而言,这种渐进的方法并没有被认为反映了这一渴望的任何变化。巴拉克支持新契约法体系具有法典性质的论据依赖于这些法律的文本,其中的多数具有法典文本的特性:体系化的结构,一般性,等等。他并不想讨论前文所述的法典化的外部条件。如果当时把这些条件也考虑进来,那就可能会认为,从表面上看,法典化在以色列的前景比在英国或美国要好得多,因为当时普通法传统在以色列的盛行时间更短一些。不过这种关于背景条件的讨论并不应局限于明显的“排斥”因素的存在。它毋宁是应该扩展范围,以便把那些有助于将法典化方法吸收到法律文化中的积极因素也包括进来。这些因素是下文将要分别予以讨论的主题。^①

五、以色列法典化的实践

在对反映出受到多种文化影响的以色列法律文化的特质进行深入钻研之前,看看新契约法体系的“产品”——对这一新立法作出解释的司法先例,以及新法出台以后公开发表的学术论文——可能是很有意义的。与此相关的问题是,它们如何被所谓新的法典编纂所影响。

阅读这些相关的法律文本使笔者得出这样一种结论:尽管新契约法具有法典的形式,但它们仅仅在有限的范围内实现了法典化的愿望。首先,法院并没有将新契约法当作一个仅仅按照法律内在的基本原理进行解释的闭合体系。和法典化的传统——先例的约束力受到限制,并且判决必须根据法律文本的基本原理作出——形成对照,法院遵循着司法先例。再者,当法院依赖一种比较的方法时(他们对此确实依赖颇深),他们对于英语国家法律制度的影响抱有更为开放的态度,这主要是因为不存在语言上的障碍。结果是,法官所受到的影响,主要来自那些与激励人们起草需予解释之法典文本的因素不同的渊源。在学术领域,新的立法也并非研讨法律问题的实质性出发点。通常,法律学术讨论以惯常的方式寻求所需要的解决方案,每一个学者都遵从本人的世界观——或功利主义,或共产主义,或其他。现行立法通常被视为应予提及的规范性约束,但其解释则被外在于其本身的观点所左右。契约法起草的一般模式被认为是法典化的一种,它在某种程度上推进了以外在观点为基础的解释。同时还应

① 人们可能会提到丹尼尔·弗里德曼(Daniel Friedman),他主张新契约法应当根据先例以及在它们制定之前所积累的经验来进行解释;弗里德曼指出,这些新法并不拥有那种为现代大陆法典化所具备的“意识形态”。参见 D. Friedman, "On the Interpretation of Modern Israeli Legislation," 5 *Tel-Aviv U. L. Rev.* p. 463, 467 (1977) (Hebrew). 关于以色列法律文化的环境将在下文进行讨论。

该指出的是,法典化的“科学”精神并不代表法学中的流行观点。

我将举出一些例子,以便对我关于新契约法的运作模式所作的概要性描述,作详细的说明。

1. 要约与承诺

新契约法采用了古老的术语——“要约”和“承诺”使合同的订立概念化。^①既然这并非一项创新,法院在这个问题上便可以自由地诉诸普通法先例。因此,像 *Carlill v. Cabolic Smoke Ball*^② 这样经典的英国判例仍然是合同订立过程问题中最主要的先例。在实践上,反复出现的问题是,合同的要约和承诺并不反映契约磋商的现实。这并非以色列法律制度特有的困境,但认为法典化会带来一种适用起来更简单的新法律的希望并没有实现。结果,法院仍然主要依靠适用先例来判案。^③

2. 有瑕疵的同意

新契约法规定了一些条件,在这些条件下,有瑕疵的同意能够成为契约解除权发生的根据(例如错误和胁迫)。^④然而这些情形是用非常概括性的术语进行表述的,在实践中,常常极大地依赖英美经验来进行解释——例如关于经济胁迫^⑤或对法律之错误(*mistake of law*)^⑥的判例法规则。讨论是外向型的,不必从法典文本中寻找。

3. 契约的解释

以色列最高法院经常探讨契约解释理论。特别是阿哈龙·巴拉克法官,对法律解释的理论给予了极大的关注。^⑦然而,法院的研讨高度理论化,并偏向巴拉克的“目的解释”理念,这种研讨几乎不是通过对契约立法的条款进行解释而得来的。^⑧

4. 契约上的救济

根据新契约法,强制履行而非损害赔偿才是契约法的首要救济手段。与传统普通法的进路相比较,这导致了一个重大的变化。^⑨但是对于许多其他有关救济的问题,例如由于违反没有效益的契约(*inefficient contract*)^⑩,或者适用类

① See *Contract Law* § 1(General Part).

② (1893) 1 Q. B. 950.

③ 这方面的重要案例还有 *Rabinai v. Man Shaked*, 44(2) 281; *Botkovsky v. Gat*, 44 (1) 57.

④ *Contract Law (General Part)* § § 14, 15, 17, 18.

⑤ *Rahamim v. Expomedia Ltd.*, 43(4) P. D. 95.

⑥ *Aroesti v. Kashi*, 48(2) P. D. 513.

⑦ 参见阿哈龙·巴拉克所著《法的解释》(3卷本,5卷本系列正在进行中)。

⑧ 该语境中最重要的判例是 *State of Israel v. Aprosim Ltd.*, 49(2) P. D. 265.

⑨ 比较 A. Schwartz, “The Case for Specific Performance,” 89 *Yale L. J.* 271(1979).

⑩ *Zukim Hotel Ltd. v. Netanyah Municipality*, 46(4) P. D. 45.

似原则(cy-près)^①而带来的信赖损害赔偿的问题,新法都没有作出明确的规定。从而在这些领域,普通法传统仍然扮演着重要的角色(至少,在法院进行比较的过程中是如此)。

5. 返还与不当得利

以色列最高法院(遵循该领域最主要的学者丹尼尔·弗里德曼的著述)判决道,即使双方当事人的关系为一项契约所约束,不当得利法也应当被认定为一条额外的救济途径。这样,它便允许受损一方起诉不履行一方,要求返还由于违反契约而产生的收益。(这便否定了“效益违约”[efficient breach]的概念)。^②形式上,这种发展并不必然同法典化的理念相抵触,因为1979年《不当得利法》(*Unjust Enrichment Law*)已然作为法典化工程的一部分而制定了。然而,这部立法,极大地依赖于(与催生出以色列契约法绝大多数内容的大陆立法不同)英国渊源。结果,以色列契约立法中的救济制度仍然受英国法和美国法的高度影响。

一项经验研究将分析视角从具体事例转向对法律先例的一般性考量,其结果值得关注。这项研究详细考察了以色列最高法院已经出版的40%的判决,它表明,大陆渊源很少得到引用。事实上,这项研究指出了大陆法渊源引用数量持续下降的趋势。大陆渊源的引用对于契约案件来说不再具有核心的地位,尽管其法律规范在形式上乃是得自大陆的渊源。^③

六、诚实信用原则的出现

正如前文所指出的那样,“常识”认为,新契约法使以色列契约法的导向从英国普通法传统转向了大陆法典化进路。这种流行信念的基础似乎在于新契约法对诚实信用原则吸收。^④这个在普通法传统中名不见经传的一般性原则(诸如欺诈和虚假陈述当中的一些特殊规则除外)在德国契约法中扮演着一种非常重要的角色。^⑤自以色列新契约法颁布以来,法院一直倾向于相当宽泛地应用这一原则,而该原则对于理解现行以色列契约法,对于从总体上理解以色列法律来说,的确具有关键性的地位。^⑥虽然对这些事实我并无争议,但它们并

① Eshed v. Luber, 33(1) P. D. 13; Friends of Jerusalem Hotel v. Teik, 40(3) P. D. 169.

② Adres Ltd. v. Harlo and Jones, 42(1) 221.

③ Y. Shachar et al., "Citation Practices of the Supreme Court, Quantitative Analyses," 27 *Mishpatim* 119, 153~157 (1996)(in Hebrew).

④ See *Contract Law (General Part)* §§ 12, 39.

⑤ See B. G. B. § 242.

⑥ See *Public Transportation Services Beer Sheva v. State Labour Court*, 35(1) P. D. 828; *Zonen-shtein v. Gaboso Bros.*, 42(2) 278; *Beit Yulas v. Raviv*, 43(1) P. D. 442; *Klemer v. Guy*, 50(1), 185.

不必然和这个主张相冲突:契约法本身引发的变化是有限的。诚实信用原则实际上已经改变了以色列契约法,但是这并没有证实以色列契约法的这种改变是由法典化所带来的。相反,对诚信原则的广泛接受使得所谓的法典化的制定法体系变得不再重要。法院在根据诚信原则判决契约案件的时候,并不倾向于关注契约立法的具体规则。现在,新契约法规则在判断契约是否成立时已经越来越不重要了,因为通过依靠诚信原则可以施加缔约责任(precontractual liability)。换句话说,在法典化的愿望和接受宽泛的诚信原则之间存在着紧张关系。也许可以补充一点,即目前英美法世界的部分地区也接受了诚实信用原则。在美国,诚信原则最初由准法典化的《统一商法典》引入,^①之后也被《契约法(第二次)重述》所采用。^②在英国,这仍然是一个有争议的事物。^③尽管如此,毫无疑问的是,诚实信用原则并不必然是大陆型法典化的副产品。应该强调的是,在以色列法中,诚实信用原则也是作为一条主导性的原则被以色列法所采纳的,即便是在那些实际上被法典化的法律部门之外的法律领域,也是如此。这可能是法院逐渐倾向于适用宽泛且“灵活”的法律原则的趋势的一部分,例如过失责任原则(侵权法中)和合理性原则(行政法中)。所以,在这方面,以色列契约法中诚信原则的扩张必须在更广泛的背景下进行理解。

七、未来法典化的前鉴

笔者主要的结论集中在法律改革的限度上。将一个综合性的、新的法律规划进行立法并不足以在法律中产生实质性的变化。潜在的法律文化在这个问题上非常重要,它限制了改革的范围。在以色列的语境中,新契约立法带来了重要的变化,但是并未像传统法典化那样发挥作用。通过立法进行的改革根据先前的判例和其他(包括学术出版物在内的)法律渊源进行解释和适用。这并不意味着新立法是多余重复或不必要的。它使以色列契约法能够有“一个崭新的开始”,而不必承受过时的规则,同时它也可以创建一个有机的和比较系统的规则体系。它也为以色列契约法引入诚实信用原则奠定了形式上的规范基础。

① U. C. C. art. 2~103.

② *Restatement (Second) of Contractors* § 205; 也参见 A. Farnsworth, "Good Faith in Contract Performance," in *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson & D. Friedman eds., 1995).

③ See J. W. Carter & M. P. Furmston, "Good Faith and Fairness in the Negotiation of Contracts," 8 *J. C. L.* 1, 93 (1994); S. M. Waddams, "Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations," 9 *J. C. L.* 55; J. F. O'Connor, *Good Faith in English Law*, pp. 17~49 (1990). 也许还可以加上一点:法律委员会的法典化提案缺乏对诚信原则明确的规定,但这个原则在正文的解释性注解中却被提及。See S. M. Waddams, "Codification, Law Reform and Judicial Development," 9 *J. C. L.* 192, 194~195 (1995); R. Sutton, "Commentary on 'Codification, Law Reform and Judicial Development'," 9 *J. C. L.* 200 (1995).

然而,还是可以争辩说,新契约法并没有构成一部完全意义上的“法典”。它们仅在形式意义上构成了一部“法典”,因为它们已然致力于对契约规则进行整理和阐明。以色列缺乏接受古典大陆法意义上的法典所必须具备的文化背景。结果,新契约法并没有根据法典化的“基本原理”进行解释,事实上却被既有的法律体系所吸收。

因此,关注这种源于以色列一般文化尤其是以色列法律文化的结果的主要文化原因,可能是很有益的。

1. 法律制度中先例的地位

首先,由于司法判例的地位,法典化的渴望对于以色列法律来说是外来的概念。的确,以色列法的普通法传统并没有很长的历史。但尽管如此,以色列法仍然深受这个传统的影响,保留了强烈的英国倾向。英国托管巴勒斯坦的30年,已然将法律制度“英国化”,而这个国家漫长的奥斯曼(土耳其)的历史留下的痕迹却相当稀少。^① 另外,以色列立法实际上赋予先例正式的约束力。^② 此外,赋予司法先例以规范力也符合犹太教法的传统^③(犹太教法赋予先例以很高的价值)。^④

2. 法院的作用

欧陆法典化的核心作用是建立在这样一种理解的背景之上的,即法院在法律规则的发展中只应具有一种相对节制的作用。这样,大陆法国家的法院传统上只给出简短的判决,而判决的目的仅仅为了裁断诉讼双方当事人之间的争议。^⑤ 这种描述并不完全反映当前欧陆法院在法律发展上的作用,但是传统观念的逐渐变化也仅仅在一段相当长的时期之后才出现,而在此期间,法院被视

① See Friedman, “The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period,” *op. cit.*; Friedman, “Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel,” *op. cit.*.

② *Basic Law: Judicature* § 20.

③ See A. Kirshenbaum, *Equity in Jewish Law: Halakhic Perspectives in Law*, pp. 115~137 (1991); M. Elon, *Jewish Law*, pp. 797~804 (3d. ed. 1988) (Hebrew). 犹太教法经历了几次“法典编纂”,在这个意义上其法律规则受系统化形式的强化(像 *Mishneh Torah* 和 *Shulchan Aruch*)。但是这种所谓的法典编纂并不表示提倡法典化的改革,而仅仅将法律规则用系统化的和更易于理解的形式予以重写。See G. L. Haskins, “Codification of the Law in Colonial Massachusetts: A Study in Comparative Law,” 30 *Ind. L. J.* 1, 2~3 (1954).

(译者按: *Mishneh Torah*, 中世纪犹太智者摩西·迈蒙尼德(Mose Maimonides)将以前混乱的犹太人的生活律例和宗教礼仪进行整理而成的律法书,原书用希伯来文所著。 *Shulchan Aruch*, 16世纪中叶由尤色夫·卡罗拉比(Rabbi Yosef Caro)所汇编的被公认为权威的犹太教法典,历经后世的补充,成为包罗万象的以色列犹太教法典。)

④ 应该强调的是以色列法并非受宗教教义所支配,它是一种现代的世俗的法律制度(当然家庭法领域是个例外)。尽管如此,以色列的法律思想(至少在某种程度上)受作为以色列文化渊源之一的传统犹太教法律制度中的概念所影响。

⑤ See J. L. Goutal, “Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U. S. A.,” 24 *Am. J. Comp. L.* 43 (1976).

为法律发展微不足道的因素(并且仅仅被看作是判决的制作者)。那个时期,欧洲法典化已然确立了其核心地位。相反,以色列的新契约法的制定却同最高法院作为法律发展主导机构之地位的显著提升并行不悖。^① 因此,不可避免的结果是,新契约法规并没有经历这样一个能够确立自己作为法律制度主要改革力量的形成时期。

3. 文化背景和外部影响

关于由新契约法引导的这一改革效果有限的另一个解释,可能是英美世界对以色列的重大的文化影响,尤其是最近几年美国文化对以色列法律文化和一般文化的影响。而且,因为缺乏古典大陆法典化运动所得益的启蒙运动和理性信仰的背景基础,肇始于20世纪末的以色列法典化运动并不拥有朝着自我圆融的理性体系方向发展的前景。

4. 法律学术环境

每一次法律改革都需要理论和意识形态的支持,而当改革与传统背道而驰的时候尤其如此。在以色列,这种支持本应由法律学术界提供,但实际却没有。许多以色列法学家,除了阿哈龙·巴拉克,对法典化的意识形态都没有太大的兴趣,这和他们对于法典化所引发的学说方面的变革所怀有的专业兴趣形成鲜明的对照。一个原因可能是以色列绝大多数的法学家是在英国和美国或者以色列自己的大学中接受学术训练的。^②

5. 局部的法典化与混和的法律文化

在它被运用于多个法律部门而不是少数法律领域的法律制度当中,法典化得以兴盛。然而多年以来,以色列的法典化还局限于民法领域。因此,法官和法学学术界并不习惯于用“法典化的模式”进行思考,同时他们也生活在精神分裂的思想状态中,这种状态防止他们抛弃先前的法律文化。

那么,未来法典化的前景何在? 通过新的立法进行法律改革总是有用的。然而,当根本性变革的背景因素尚且缺乏的时候,法律文化的转型是无法仅仅通过采用另一法律体系的特征而实现的。

^① See M. Mautner, "The Decline of Formalism and the Rise of Values in Israeli Law," 17 *Tel Aviv U. L. Rev.* 503 (Hebrew).

^② N. Cohen & D. Friedman, "Selecting Minds in Multicultural, Besieged, Isolated Society," 41 *Am. J. Comp. L.* 419 (1993).



法典编纂的主要方法和特征*

[法]让·路易·伯格 著 郭琛 译

从最广义来说,法典是法律的集合体,是与某一特定主题相关的诸法律规范的总和。更确切地说,法典是旨在涵盖诸法律、法规的一个整体,其中包含一个关于某一法律问题上相关法律规则的完整体系。法典是科学方法在立法上运用的产物。^②

法典以两项基本功能为其特征:首先它总合诸成文法律规则,其次调整不同法律部门。^③ 因此,法典编纂既是将各种法律规则整合为一有组织的体系的行为,同时也是该行为的副产品。法典编纂的现象远古便已有之。早在公元前1700年巴比伦王国就出现了《汉穆拉比法典》,而这部法典还受到更早的《苏美尔法典》和《阿卡德法典》的影响。然而,这些并非真正的法典,事实上它们只不过是对先前用于补充习惯的具体判决的概括而已。在罗马法中我们也可以发现官方的或私人的“法典”,这些“法典”表现为法律条文和学说的集合,例如《格里高利法典》(公元291年)、《狄奥多西法典》(公元438年)以及最著名的内容包罗万象的《优士丁尼法典》(公元534年)。在俄罗斯历史上也有一些古代法典。最早的是11世纪末左右颁布的《罗斯真理》,它是对原有习惯法的汇编。俄罗斯还有许多其他早期法典,其中沙皇阿力克斯·米哈依洛维奇在1649年颁布的法典直至19世纪仍然有效。在北欧国家,1683至1687年间制订的《克里斯蒂安法典》(*Code Christian*)集中了当时的法律。1734年制订的《基本法典》(*the General Code of 1734*),经过不断的修正,现在在挪威、丹麦、瑞典和芬兰仍然有效。^④

在法国的“旧法”中,法典只是对处理各种法律事务的王室诏令的汇编。

* 本文载于1988年5月《路易斯安那法律评论》,第48卷,1073页。让·路易·伯格,法国艾克斯-马塞法律、经济和科技第三大学教授。郭琛,中国政法大学法学院讲师。法文脚注,由清华大学法学硕士彭志译出,特此致谢。

② M. Vanel, *Rep. Civ. Dalloz V° Code Civil*, n2; J. C. 格罗尚:《以法令将法律和法规法典化》,D. 1958,编年史,157页。

③ 《世界法典百科全书》。

④ 《世界法典百科全书》。